



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

LUCAS DE ARAÚJO DUARTE

**O SENTIDO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA ORDEM JURÍDICA
BRASILEIRA**

Brasília

2015

LUCAS DE ARAÚJO DUARTE

**O SENTIDO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA ORDEM JURÍDICA
BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito para a
obtenção do Bacharelado no curso de Direito
da faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro.

Brasília

2015

LUCAS DE ARAÚJO DUARTE

**O SENTIDO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO
FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA ORDEM JURÍDICA
BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito para a
obtenção do Bacharelado no curso de Direito
da faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro.

Brasília, 14 de setembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Júlio César Lérias Ribeiro

Prof. Examinador

Prof. Examinador

AGRADECIMENTO

Ao apoio que recebi de minha família durante toda a minha trajetória, lutando para adaptar-me às tormentosas imposições mundanas, cuja presença, contra todas as expectativas, se tornou cada dia mais imprescindível à minha paz de espírito.

Aos queridos professores do curso de Direito do UniCEUB, que me iluminaram o caminho do saber. Aos amigos da vida que fiz, antes e durante a faculdade.

Por fim, ao Prof. Júlio Lérias, orientador da área do direito civil, mas que aceitou gentilmente a tarefa de me instruir nessa pesquisa de direito processual penal, e o fez com maestria.

RESUMO

A pesquisa investigou a prisão preventiva, instituto do processo penal que objetiva manter em cárcere, antes de uma sentença definitiva transitada em julgado, investigado ou réu em ação penal. Em seus pressupostos, esta medida cautelar admite que a prisão seja decretada como “garantia da ordem pública”. Com efeito, a maior preocupação deste trabalho consistiu em investigar o significado por trás deste termo “ordem pública”. Expressão de caráter impreciso, que não possui condições de explicar-se *per se*, a ordem pública da prisão preventiva pode ser concebida como um fundamento legítimo para o encarceramento provisório de um cidadão integrante de um Estado de Direito? Quem decide o que vem a ser ordem pública? É a doutrina? É o julgador ao analisar os casos que lhe são postos diariamente? É o legislador quem fornece, no ambiente normativo, os vestígios de seu significado? Tal tarefa cabe à filosofia jurídica clássica e contemporânea? A necessidade dessa imersão no tema adveio de um interesse legítimo em perquirir até onde o direito penal/processual penal pode valer-se de termos genéricos – como o é a “ordem pública” –, cuja amplitude em seu sentido semântico permita diversas interpretações, e se isso não pode acarretar em uma infringência de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direito processual penal. Medidas cautelares do processo penal. Prisão preventiva e seus requisitos. Garantia da ordem pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1.....	8
1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL	8
1.2 PROCESSO PENAL CAUTELAR: GENERALIDADES	13
1.3 PRISÃO PREVENTIVA E SEUS PRESSUPOSTOS.....	18
CAPÍTULO 2.....	23
2.1 ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	23
2.2 ORDEM PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	28
2.3 ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	33
CAPÍTULO 3.....	37
3.1 ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA – JURISPRUDÊNCIA EM ACORDO COM AS LEIS E A DOUTRINA MAJORITÁRIA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA	37
3.2 ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA – JURISPRUDÊNCIA EM CONFLITO COM AS LEIS E A DOUTRINA MAJORITÁRIA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.....	43
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A monografia visa estudar a prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública, analisar esta expressão de ampla abertura semântica – ou seja, investigar o seu sentido –, e verificar sua compatibilidade com o sistema processual penal constitucional pátrio.

Em um país em que as penitenciárias são equiparadas às masmorras medievais¹, a prisão deve ser medida excepcionalíssima, porque já se comprovou, ao longo dos anos, a sua total falência. Atualmente, segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça do ano de 2015, 41% da população carcerária do país é formada por presos provisórios – isto é, aqueles que aguardam julgamento na cela.²

A prisão preventiva, por se tratar de medida cautelar – útil ao resguardo do processo – deve ter seus pressupostos muito bem delineados. O artigo 312 do Código de Processo Penal versa que:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública [...]³

Investigaremos nesta pesquisa se é possível delimitar o significado de “ordem pública”, pois *a priori*, revela-se um temerário fundamento para que seja determinada a prisão de algum indivíduo. Especialmente no direito criminal – onde não é possível criar figuras típicas de caráter impreciso⁴ –, é necessário investigar o que levou o legislador a admitir tamanha amplitude no fundamento de uma prisão preventiva, e verificar a compatibilidade deste instituto com um Estado que se arvora constitucional, democrático e de Direito.

Para isso, abordaremos no primeiro capítulo os princípios constitucionais do processo penal, marcos delimitadores do âmbito de atuação do legislador ao inovar na legislação processual penal. Avançando, ainda no mesmo capítulo, trataremos do processo penal cautelar e suas generalidades, para que possamos, ao final, ingressar no estudo da prisão

¹ Tamanho o temor que estas prisões inspiram, que o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, em uma entrevista concedida no ano de 2012, disse que: “Se fosse para cumprir muitos anos na prisão, em algum dos nossos presídios, eu preferiria morrer”. ESTADÃO. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ir-para-a-cadeia,959839>>. Acesso em: 14 set. 2015. 21:45.

² REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-25/audiencia-custodia-permite-4479-respondam-liberdade>>. Acesso em: 11 set. 2015. 08:41.

³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

preventiva, medida cautelar em espécie. Nesta fase, será utilizada como fonte principal de pesquisa as obras doutrinárias que tratam sobre o tema.

No segundo capítulo, nos ocuparemos de encontrar o sentido da expressão “ordem pública”, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto no Código de Processo Penal, seguindo rastros e investigando pistas que foram deixadas pelo legislador (se é que foram) em ambos os diplomas normativos. Ademais, nos serviremos da doutrina convencional e filosófico-jurídica, em busca da natureza jurídica e semântica deste instituto denominado “ordem pública”.

Ainda no segundo capítulo, e atentos às inovações processuais penais que foram implementadas pela Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha), analisaremos a aparição da expressão “ordem pública” nas decisões que decretam prisões preventivas nos crimes que envolvem a violência doméstica.

No terceiro e último capítulo, verificaremos como a prisão preventiva para a garantia da ordem pública tem sido materializada nos julgados das Cortes, Superior e Extraordinária do país, dialogando com os próprios julgados, com a lei e com a jurisprudência.

Como marco teórico, será utilizada a doutrina processual penal brasileira, internacional, as leis, a jurisprudência, a exposição de motivos do Código de Processo Penal, a literatura filosófica penal clássica, e autores adeptos do realismo jurídico. A metodologia empregada será o estudo bibliográfico e documental.

CAPÍTULO 1

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Desde a promulgação da Constituição de 1988 o processo penal brasileiro vive uma fase de transição entre um modelo inquisitivo, inspirado no código de processo penal italiano (fascista, arraigado na presunção de culpabilidade) e um modelo garantista constitucional (acusatório e pautado na presunção de inocência).⁵

Em decorrência, a partir da promulgação da nova Constituição, o direito processual penal pátrio ressurge como um direito de verdadeiro fundo constitucional, permeado por garantias insculpidas na própria Carta Magna.⁶

A doutrina costuma estruturar os princípios do processo penal em torno de um grande alicerce principiológico fundamental: o **devido processo legal** (artigo 5º, inciso LIV⁷ da Constituição Federal). Nele estão contidos os demais princípios que serão abordados no presente capítulo. São eles o princípio do **juiz natural**, do **direito ao silêncio e não auto-incriminação**, do **contraditório**, da **ampla defesa**, da **presunção de inocência**, da **vedação de revisão *pro societate***, e da **inadmissibilidade da obtenção de provas ilícitas**.⁸

Mas antes de adentrar a análise pormenorizada de cada um destes princípios, é necessário se familiarizar com outro grande princípio que surge a partir da Constituição de 1988: o **princípio da tutela jurisdicional**.⁹ Este princípio inserido dentro do processo penal, possui como pressuposto que o sistema adotado seja o **acusatório** – e não o inquisitivo –, onde as funções de acusar e julgar encontrem-se separadas, estando o juiz incumbido tão somente de decidir o litígio, de maneira imparcial (função jurisdicional).¹⁰

Aury Lopes Jr. assevera que:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.¹¹

⁵ PACELLI, Eugênio. Prisão preventiva e liberdade provisória: reforma da Lei Nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11 e 12.

⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 31.

⁷ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁸ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Cap. 3.

⁹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 86.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 82.

¹¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 61.

A tutela jurisdicional deve ser, ainda, exercitada segundo rígidas regras processuais que garantam ao acusado sua plena defesa. A regra insculpida no artigo 5º da CF/88 é a de que ninguém terá sua liberdade privada sem o **devido processo legal**, isto é, com a observância de todas as garantias. Portanto, percebe-se que não se pode falar em “devido processo legal” sem antes abordar a “tutela jurisdicional”, pois estão interconectados.¹²

Passemos à análise dos princípios constitucionais do direito processual penal a que nos comprometemos no início deste capítulo.

Um dos mais importantes dentre os princípios constitucionais sedimentados pela nova ordem de 1988 – e que merece ser analisado antes dos demais – é a **presunção de inocência** (art. 5º, LVII, CF/88¹³), que transforma o processo penal em verdadeiro instrumento de garantia ao acusado em face do Estado.¹⁴

O princípio da presunção de inocência consiste basicamente em duas regras básicas que devem ser observadas pelo julgador:

[...] **uma de tratamento**, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e **outra de fundo probatório**, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.¹⁵

Trata-se de moderna inovação em diversos códigos ao redor do mundo, festejada por muitos dos grandes juristas. Luigi Ferrajoli assim disserta sobre a presunção de inocência:

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.¹⁶

Em suma, o princípio da presunção de inocência consiste no fato de que um réu em processo criminal não pode ser considerado culpado antes da sentença final condenatória da qual não caiba mais recurso (diz-se: transitada em julgado). Ademais, não é o réu quem deve provar sua inocência, pois esta se presume, sendo que cabe ao Estado comprovar as acusações que faz, submetendo fatos e provas à jurisdição, garantindo-se ao acusado, sempre, o direito de resposta (contraditório).¹⁷

A apreciação destes fatos e provas será feita por um Juiz, que atua em nome do Estado, tendo que decidir, ao final, pela culpa ou pela absolvição do réu. E isto nos leva ao

¹² MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 82 e 83.

¹³ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹⁴ I PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8.

¹⁵ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 42.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 506.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 506.

princípio do juiz natural, garantia fundamental que se encontra no artigo 5º da CF/88 em seu inciso LIII¹⁸, que dispõe que ninguém será julgado ou sentenciado senão pela autoridade competente.¹⁹ Consubstanciado na ideia de vedação a tribunais de exceção, este princípio – que se liga umbilicalmente ao princípio da legalidade²⁰ – reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário dotado de competências constitucionais previamente estabelecidas para julgar e sentenciar, ou seja, investido do poder jurisdicional.²¹

A competência constitucionalmente conferida aos órgãos judicantes, organiza-se em função da matéria a ser julgada (justiça estadual, justiça federal, tribunal do júri, justiça militar, justiça eleitoral, etc.) e em função da pessoa que está sendo julgada, conferindo-se-lhes, de acordo com suas prerrogativas legalmente dispostas, um julgamento em determinados tribunais (STF, STJ, TRFs, TJs, etc.).²²

O cerne desse princípio repousa no fato de que toda e qualquer pessoa do povo deve saber, previamente, qual autoridade irá processá-lo, qual juiz ou tribunal irá julgá-lo, caso venha a cometer um ilícito penal. A garantia de que estas autoridades serão sempre as mesmas, sem qualquer abertura para um tribunal de exceção montado especificamente para determinados crimes, fatos, ao sabor dos interesses políticos, é o respeito máximo ao Estado Constitucional de Direito e às garantias fundamentais.²³

O **direito ao silêncio e a não auto-incriminação** também é uma garantia conferida diretamente pela CF/88 (art. 5º, LXIII²⁴). Reflexo desta inovação constitucional foi a revogação do artigo 186 do código de processo penal (através da Lei 10.792/03), onde constava que o silêncio do réu poderia ser interpretado em prejuízo de sua própria defesa. Além de sua força normativa constitucional, este direito possui previsão expressa no artigo 8º, 2, ‘g’, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁵ (Pacto de São José da Costa Rica), que foi internalizado no Brasil através do Decreto nº 678/92.²⁶

¹⁸ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

¹⁹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 82 e 85.

²⁰ O princípio da legalidade pode ser encontrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que diz: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

²¹ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32 e 33.

²² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34.

²³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 165.

²⁴ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

²⁵ g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

²⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 37 e 38.

Deve-se analisar ainda os direitos do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV²⁷, da CF/88. O **princípio do contraditório** consiste, em apertada síntese, no direito que possui o acusado de contradizer todos os fatos a ele imputados na denúncia, valendo-se, para tanto, de provas e procedimentos processuais diversos, sendo-lhe concedido a prerrogativa de ser sempre ouvido após a acusação (*audiatur et altera pars*).²⁸ O exercício deste direito por ambas as partes, acusação e defesa, é que possibilita ao magistrado julgar com imparcialidade:

A parcialidade deles é o preço que se deve pagar para obter a imparcialidade do juiz, que é, pois, o milagre do homem, enquanto, conseguindo não ser parte, supera a si mesmo.²⁹

Ao passo que o contraditório assegura a participação do acusado no deslinde da persecução penal que recai sobre si, o **princípio da ampla defesa** caracteriza-se pela obrigatoriedade desta participação, sob pena de máculas processuais, tais como a nulidade. Amparado por esta prerrogativa, o réu pode valer-se de sua **autodefesa**, a exemplo de sua oitiva no interrogatório, momento oportuno para que apresente diretamente ao juiz da causa suas alegações defensivas no processo; e por sua **defesa técnica**. No processo penal é imperativo que esta defesa técnica seja realizada por profissional da advocacia³⁰ devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, ressaltando mais uma característica da ampla defesa.³¹

Integra esta gama de garantias que constituem o devido processo legal, ainda, o **princípio da vedação de revisão *pro societate***. Alicerçado na Carta Magna de 1988, e integrado ao ordenamento jurídico de maneira expressa pelo Decreto nº 678/92 (Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 4³²), trata-se de uma garantia àquele que já foi julgado e absolvido, de não mais sofrer com o *ius puniendi*³³ estatal pelos mesmos fatos. O princípio

²⁷ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 188 e 189.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Tradução Prof. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2001. p. 41.

³⁰ Atualmente, também as Defensorias Públicas dos Estados do Distrito Federal e Territórios, e a Defensoria Pública da União cumprem este papel àqueles considerado hipossuficientes, que não possuem meios de pagar por um advogado particular. A previsão desta instituição encontra-se no artigo 134 da Constituição Federal.

³¹ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 39 e 40.

³² 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

³³ O *ius puniendi* é o poder-dever do Estado de punir alguém que cometa um crime. Integra o chamado Direito Penal Subjetivo, que, segundo Rogério Greco "[...] é a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer

reforça ainda a necessidade do Estado de melhor se aparelhar no intuito de não cometer erros que posteriormente se tornarão irremediáveis, como uma absolvição em um caso onde o réu era, de fato, culpado.³⁴

Ressalte-se que este princípio não pode ser absoluto. A doutrina de Eugênio Pacelli ensina que o aludido princípio já foi afastado em um caso onde havia sido declarada a extinção da punibilidade pela prescrição, pautada por uma certidão de óbito falsa trazida aos autos, revelando que fora o próprio acusado quem dera causa ao erro, não havendo que se falar em uma má-prestação jurisdicional por parte do Estado. Cita o autor, ainda, a decisão de arquivamento de inquérito policial por autoridade judiciária absolutamente incompetente, como sendo óbice à incidência do princípio da vedação da revisão *pro societate*.³⁵

Por fim, a **inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente** é um princípio tanto mais constitucional, quanto mais se reconhece uma ordem jurídica pautada pela blindagem de seus jurisdicionados contra eventuais arbitrariedades perpetradas pelo Estado.³⁶ O referido princípio encontra-se fixado no art. 5º, inciso LVI³⁷, da Constituição Federal.

Nesta seara, há que se diferenciar entre **provas ilícitas** e **provas ilegítimas**. A prova ilegítima é aquela cuja proibição é oriunda de sua produção em juízo, quando inobservadas regras de direito processual, a exemplo da juntada de documentos fora do prazo. Já a prova ilícita viola regra de direito material na sua obtenção, mas sempre fora do processo, a exemplo de uma interceptação telefônica não autorizada (art. 5º, inciso XII³⁸, CF/88). Ainda, as provas ilícitas não podem ser repetidas, devendo, em decorrência, serem desentranhadas do processo. Já as provas ilegítimas podem ser repetidas em juízo, validando-se sua produção.³⁹

cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Poder Judiciário.” (GRECO, R., 2014, p. 7.)

³⁴ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43 e 44.

³⁵ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 45.

³⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 47.

³⁷ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

³⁸ XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

³⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 577 e 578.

Por fim, prestigiando talvez a mais relevante garantia constitucional para fins desta pesquisa acadêmica – que insere-se dentro do princípio da presunção de inocência – é mister citar a liberdade provisória, preceito insculpido no artigo 5º, inciso LXVI⁴⁰, da CF/88.

Aliás, quanto a essa nomenclatura insurgem-se os mais variados autores, segundo os quais provisória é toda prisão, e não a liberdade, que é a regra, consoante o novo modelo processual penal constitucional alicerçado na presunção de inocência. Atualmente a liberdade provisória pode ser entendida como a restituição da liberdade a quem foi preso em flagrante, pela autoridade judiciária que, por ocasião da análise do auto de prisão em flagrante, entendeu por bem concedê-la, seja mediante fiança ou sem fiança, ou ainda, mediante medida cautelar diversa da prisão (artigo 319 do Código de Processo Penal).⁴¹ Abordaremos este tema com maior atenção em capítulo posterior.

1.2 PROCESSO PENAL CAUTELAR: GENERALIDADES

O processo, segundo a teoria de Oskar von Bulow, é uma relação jurídica de caráter público onde figuram três participantes: o autor, o réu e o Estado, na figura do juiz. O conteúdo de direito material a ser discutido nesta relação triangular pode, por vezes, ser de natureza privada – como em um contrato de locação firmado entre particulares –, mas o processo será inevitavelmente uma relação jurídica essencialmente pública, pois o Estado sempre integrará um dos polos desta relação.⁴²

Processo é um complexo de atos praticados pelas partes, que objetiva resolver uma desavença entre particulares, ou entre o Poder Público e particulares, através de uma sentença judicial (recorre-se ao Estado-juiz para solucionar o conflito). Já o procedimento é a forma como este processo se exteriorizará, quais regras irá seguir, de que maneira será desenvolvido. Na Teoria Geral do Processo, fala-se em três modalidades de processo: o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar. Já quanto ao procedimento, tem-se o procedimento comum, o procedimento especial, o procedimento cautelar e o procedimento de execução.⁴³

⁴⁰ LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁴¹ PACELLI, Eugênio. Prisão preventiva e liberdade provisória: reforma da Lei Nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 123 e 124.

⁴² VON BULLOW, Oskar, apud ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 141, 142 e 144.

⁴³ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 83 e 184.

O **processo cautelar**, ainda sob a ótica da Teoria Geral do Processo, possui como escopo a tutela do próprio processo de conhecimento, cujo andamento, por vezes, pode se dar de maneira muito lenta, comprometendo o direito material de uma das partes de maneira irreparável ou de difícil reparação.⁴⁴ O processo cautelar, neste sentido, possui como principais características a preventividade contra eventuais danos, e a provisoriedade, tendo em vista que as decisões emanadas em sede de ação cautelar são provisórias, e vinculadas à decisão que põe termo ao processo principal.⁴⁵

São requisitos da ação cautelar o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro requisito pode ser entendido como o conjunto de alegações iniciais feitas pelo ajuizante da ação, e de provas que tornem subsistentes estas alegações, convencendo o magistrado, ainda que em cognição sumária, a conceder a tutela jurisdicional provisória. Já o *periculum in mora*, como o nome já diz, é o requisito que guarda ligação com o risco da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação, que poderá ocorrer com o direito material do proponente da ação cautelar, caso se espere pelo regular tempo de tramitação da ação principal.⁴⁶

Segundo Aury Lopes Jr., não existe um processo propriamente cautelar na área criminal, mas tão somente o processo de conhecimento e o processo de execução. Para este autor, as medidas cautelares existentes no âmbito do Direito Penal são somente medidas incidentais tomadas no curso da ação penal ou no âmbito investigatório que antecede a ação penal. Neste último caso, ainda que a medida cautelar seja, de fato, implementada antes da ação penal, não se poderia equipara-la à cautelar preparatória própria do Direito Civil.⁴⁷

Ainda, segundo este autor, nas medidas cautelares próprias do Direito Processual Penal, incorre-se em uma impropriedade jurídica considerar como requisitos de tais medidas o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*. Em verdade, os termos tecnicamente corretos na seara criminalista são o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.⁴⁸

O *fumus bonis iuris* é a “fumaça do bom direito”, a existência de um bom direito, ao passo que o *fumus comissi delicti* é a probabilidade da ocorrência de um delito (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria), que é justamente uma conduta contrária ao direito, daí o contrassenso. Já o *periculum libertatis* não se trata de um requisito da medida

⁴⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 191.

⁴⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil, volume II. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 276.

⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil, volume II. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 277.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 850.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 850.

cautelar no processo penal, mas sim de seu fundamento: é o perigo que o réu oferece ao processo caso responda em liberdade, seja porque existe a probabilidade de fuga, ou de que ele importune, de alguma maneira, o bom andamento do processo.⁴⁹

Mas não apenas. As medidas cautelares servem, excepcionalmente, para evitar a reiteração criminosa daquele que é réu em uma ação penal ou em uma investigação pré-processual, caso permaneça em liberdade (o que revela uma função extraprocessual⁵⁰ e extrainvestigatória).⁵¹ É o que dispõe a própria lei no artigo 282, inciso I do Código de Processo Penal.⁵²

Quanto à natureza das medidas cautelares no processo penal, reconhece-se três modalidades: as **medidas cautelares reais**, as **medidas cautelares probatórias** e as **medidas cautelares pessoais**. Neste sentido é a doutrina de Pacelli:

Atualmente, portanto, nosso CPP contempla medidas cautelares *reais* – sequestro, arresto, hipoteca legal, apreensão de coisa –, *probatórias* (reconhecimento de pessoa, busca a apreensão, além das hipóteses de afastamento das inviolabilidades pessoais por força de disposições constitucionais – interceptações telefônicas, gravações ambientais, quebra de sigilo bancário etc.) e, agora, finalmente, aquelas de natureza *pessoal*.⁵³

Não interessa à presente pesquisa a análise das medidas cautelares probatórias ou reais, ao que analisaremos com maior percuciência as características das medidas cautelares pessoais. Pode-se dizer que as medidas cautelares pessoais hoje existentes são a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão domiciliar cautelar, a prisão temporária, e as medidas cautelares diversas da prisão do artigo 319 do Código de Processo Penal (implementadas pela Lei 12.403/2011)⁵⁴.

Segundo Nucci, além das medidas cautelares prisionais já citadas acima, incluem-se ainda a prisão em decorrência de pronúncia, a prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na delegacia.⁵⁵

⁴⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 849.

⁵⁰ Ferrajoli se refere à prisão preventiva nessa esteira como sendo uma “medida preventiva e policallesca, pertencente por esta razão não ao subsistema penal e processual penal ordinário, mas àquele administrativo.” (FERRAJOLI, L., 2014, p. 711).

⁵¹ PACELLI, Eugênio. Prisão preventiva e liberdade provisória: reforma da Lei Nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

⁵² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, **nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;**

⁵³ PACELLI, Eugênio. Prisão preventiva e liberdade provisória: reforma da Lei Nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 30.

Discorda desse posicionamento Aury Lopes Jr., segundo o qual a prisão em decorrência de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, que vinha prevista nos revogados artigos 393⁵⁶ e 594⁵⁷ do Código de Processo Penal, (aquele pela Lei nº 12.403 de 2011 e este pela Lei nº 11.719/2008), não mais subsistem consoante os ditames do artigo 387, §1º, do Código de Processo Penal, que impõe ao magistrado a análise da necessidade em manter a prisão preventiva decretada anteriormente, ou se o réu estiver solto, em decreta-la, ou ainda em aplicar medida cautelar diversa, mas sem o prejuízo de conhecer do recurso de apelação interposto.⁵⁸

Ressalte-se que, como toda decisão judicial, a decretação de medidas cautelares pessoais, sejam aquelas de natureza prisional, sejam as medidas diversas da prisão, deve ser fundamentada, em consonância com o disposto no artigo 93, inciso IX, da CF/88.⁵⁹

Além dos pressupostos já analisados para a decretação de uma medida cautelar de natureza pessoal (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), a própria lei aponta, no artigo 282 do Código de Processo Penal⁶⁰, os demais critérios fundamentais à sua aplicação. São eles a **necessidade da medida**, sua **adequação à gravidade do crime** analisado no caso concreto e, um último critério citado pela doutrina: o juízo de proporcionalidade.⁶¹

Constata-se que as discussões em torno do critério de proporcionalidade advêm do século XVIII, com a humanização do direito de punir. Deslegitimam-se os sanguinários e dolorosos suplícios corporais que permeavam os cadafalsos montados em praças públicas,

⁵⁶ Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

⁵⁷ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto

⁵⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 925.

⁵⁹ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶⁰ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁶¹ PACELLI, Eugênio. Prisão preventiva e liberdade provisória: reforma da Lei Nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30 e 31.

pois passam a ser vistos como barbáries, tendo em vista sua desproporcionalidade face aos delitos cometidos.⁶²

A proporção entre a pena e a qualidade do delito é determinada pela influência que o pacto violado tem sobre a ordem social.⁶³

Em nossa doutrina, o princípio da proporcionalidade é citado como um dos princípios implícitos na própria Constituição brasileira, e pode ser resumido como uma proibição ao cometimento de excessos por parte do Estado, quando exerce seu poder, seja na esfera administrativa, legislativa ou judiciária. A doutrina reconhece que a “adequação” e a “necessidade” são subprincípios que encontram-se insertos dentro do princípio da proporcionalidade.⁶⁴

Pode-se dizer que, com a reforma implementada pela Lei 12.403/2011, ao Juiz abrem-se mais possibilidades de garantir o bom desenvolvimento do processo, aplicando medidas cautelares diversas da prisão, e que possibilitem também o normal deslinde da persecução penal.⁶⁵ Quando da apreciação do auto de prisão em flagrante, agora o magistrado possui um leque de opções, segundo as novas regras adotadas pelo artigo 310 do Código de Processo Penal.

Este novo modelo torna a prisão cautelar (sobretudo a prisão preventiva) uma medida excepcional, que deverá ser adotada tão somente se não houver outro instituto a que se recorrer, e se seus requisitos autorizadores estiverem presentes. Além disso, prestigia o sistema acusatório com a regra insculpida no artigo 282, §2º, do Código de Processo Penal⁶⁶ que estabelece uma vedação ao Juiz em decretar de ofício, durante a fase investigatória, as medidas cautelares (devendo ser provocado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público).⁶⁷

⁶² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 88 e 89.

⁶³ FILANGIERI, G. *La Science de la législation*. Trad. 1786, t. IV, p. 214 apud FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 89.

⁶⁴ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 188.

⁶⁵ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: reforma da Lei Nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 31.

⁶⁶ § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

⁶⁷ PACELLI, Eugênio. *Prisão preventiva e liberdade provisória: reforma da Lei Nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24 e 28.

1.3 PRISÃO PREVENTIVA E SEUS PRESSUPOSTOS

Prisão preventiva é uma espécie de medida cautelar privativa de liberdade, cujo escopo é assegurar o processo criminal em si, seja porque haja um temor de o réu solto atrapalhar a colheita de provas, seja para assegurar ao final a aplicação da lei (caso haja risco de uma fuga do acusado no deslinde do processo), seja porque o encarceramento do réu se mostre necessário ao resguardo da segurança pública (risco de reiteração delitiva, entre outros).⁶⁸

A prisão preventiva vem regulamentada do artigo 311 ao 316 do Código de Processo Penal. Como toda medida cautelar, possui como pressuposto básico o *fumus commissi delicti*, que é, conforme a leitura do artigo 312 do Código de Processo Penal, “a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.⁶⁹

Em conjugação com o *fumus commissi delicti*, deve estar presente o *periculum libertatis*. Este requisito se encontra previsto também no artigo 312 do Código de Processo Penal, que admitirá a prisão preventiva: a) para a garantia da ordem pública; b) para a garantia da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal; d) para assegurar a aplicação da lei penal.⁷⁰

Dos requisitos citados acima, a garantia da ordem pública será tratada na fase jurisprudencial desta pesquisa. Resta-nos, contudo, abordar os demais requisitos elencados no aludido dispositivo.

A decretação da prisão preventiva para a **garantia da ordem econômica**, conforme ensina Nucci, é uma espécie do gênero “ordem pública”, e destina-se aos delitos chamados de “colarinho branco”, normalmente perpetrados contra a ordem financeira e tributária. A lógica aqui é a de que o acusado solto acabaria dando continuidade a seus negócios ilícitos e fraudulentos, gerando um risco à ordem econômica.⁷¹

Segundo Pacelli, se já é lamentável que tenha o legislador mantido a expressão ordem pública no art. 312 do Código de Processo Penal, também a “garantia da ordem econômica” segue a mesma crítica. Isto porque, além de ser tão vago e impreciso quanto, a “garantia da ordem econômica” está contida na “garantia da ordem pública”. Ainda, segundo este autor, o

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 85 e 86.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 96.

referido fundamento foi incluso pelo art. 86 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), que atualmente encontra-se tacitamente revogada pela Lei 12.529/11.⁷²

A prisão preventiva, ainda na visão de Pacelli, não é o meio mais adequado e efetivo para o acautelamento da ordem econômica, visto que medidas como o sequestro e a indisponibilidade de bens seriam mais eficazes. E, se for usado o fundamento da “garantia da ordem econômica” para balizar uma prisão preventiva buscando inibir a reiteração de prática criminosa, a “garantia da ordem pública” em conjunto com o art. 282, I, do Código de Processo Penal comportaria melhor a fundamentação.⁷³

A prisão preventiva fundamentada na **conveniência da instrução criminal**, malgrado tenha adotado esta nomenclatura, não se restringe à fase de produção de provas em juízo, englobando toda a persecução. Os exemplos mais citados pela jurisprudência e pela doutrina, são o risco do processado destruir provas e ameaçar direta ou indiretamente testemunhas, vítimas, peritos, enfim, embaraçar o deslinde do processo. Essas condutas, além de ensejarem a decretação da preventiva sob esta fundamentação, encontram-se tipificadas no art. 344⁷⁴ do Código Penal.⁷⁵

Segundo Renato Marcão, a preventiva decretada sob este fundamento visa a preservação das provas, e a escorreita formação da verdade real. Como exemplos, cita a possibilidade de o acusado, estando solto, ameaçar testemunhas ou a própria vítima, ou ainda, tentar de alguma forma influenciar peritos, destruir provas, aliciar jurados, etc. Nesta esteira, a prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal deixa de se justificar quando encerrada a instrução, se o réu não estiver preso preventivamente por outro motivo.⁷⁶

Capez, além dos motivos já suscitados, complementa:

Evidente aqui o periculum in mora, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo. Embora a lei utilize o termo conveniência, na verdade, dada a natureza excepcional com que se reveste a prisão preventiva (CPP, art. 282, § 6º), deve-se interpretá-la como necessidade, e não mera conveniência.⁷⁷

⁷² PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

⁷³ PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 101.

⁷⁴ Coação no curso do processo

Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

⁷⁵ PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 104.

⁷⁶ MARCÃO, Renato. Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.266.

Quanto à decretação da prisão preventiva **para assegurar a aplicação da lei penal**, Pacelli aduz que deve haver um risco real de fuga para que se legitime o *decisum*. O fato de o acusado viajar a trabalho, ter moradia em outro país, ou em estado ou cidade fora da zona de competência do juízo, não pode ser considerado, por si só, como um risco de fuga.⁷⁸

Em casos como este, existem as cautelares diversas da prisão que poderiam, por bem, serem utilizadas, a exemplo do recolhimento de passaporte, ou da fiança. Um outro exemplo de medida cautelar menos gravosa, seria o uso de tornozeleiras – o monitoramento eletrônico –, aplicado isolada ou cumulativamente com o recolhimento domiciliar noturno, se necessário.⁷⁹

Para Capez, esse fundamento está umbilicalmente ligado ao risco que existe, dadas algumas circunstâncias que devem ser analisadas no caso (como por exemplo, o réu não possuir residência fixa, ou não ter atividade laborativa no distrito da culpa, etc.), de o réu fugir da perseguição penal, caso permaneça solto. Com isso, ao final, se exarada uma sentença condenatória, a lei acabaria frustrada, uma vez que o condenado estaria foragido.⁸⁰

Quanto a este fundamento, Aury Lopes Jr. nos alerta para o fato de que o risco da fuga não pode ser presumido, mas fundado em circunstâncias concretas. O que não pode ocorrer, segundo este autor, é o juiz se projetar na figura do réu, acreditando que, se estivesse em seu lugar e situação econômica, fugiria. Por isto, deve-se ter uma prova razoável do alegado, sob pena de se incorrer em presunções desconexas com a realidade.⁸¹

Por fim, Nucci enumera algumas situações que podem se caracterizar como provas concretas de que existe um risco de fuga por parte do réu, como:

[...] a) sumir logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; b) dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; c) despedir-se de familiares e amigos, buscando a transferência de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; d) viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação do seu paradeiro, ao juiz do feito, por tempo duradouro; e) ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça.⁸²

A prisão preventiva poderá ser decretada tanto na fase inquisitorial, a requerimento do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial; quanto no curso da ação penal, a requerimento dos mesmos legitimados, e ainda pelo querelante ou assistente da acusação.⁸³

⁷⁸ PACHELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 105 e 106.

⁷⁹ PACHELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 107.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.266.

⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal, 10ª edição. São Paulo – SP: Saraiva, 2014, p. 893.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 97.

⁸³ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 85.

O artigo 311⁸⁴ do Código de Processo Penal prevê expressamente que o juiz poderá decretar a prisão preventiva de ofício no curso da ação penal. Entretanto, o mesmo artigo veda a decretação de ofício pelo juiz na fase inquisitorial.⁸⁵ Esta vedação, ressalte-se, não incide no momento de apreciação do auto de prisão em flagrante, pois aqui, ainda que não haja processo formado, poderá o juiz, se presentes os requisitos, converter a prisão em flagrante em preventiva, independentemente de provocação.⁸⁶

Seguindo a cronologia dos requisitos da prisão preventiva no Código de Processo Penal, tem-se as demais disposições autorizadoras e limitadoras elencadas no artigo 313. Nos termos deste dispositivo, será admitida a prisão preventiva: a) em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 anos; b) se o réu for reincidente em crime doloso; c) se o crime envolver violência doméstica e familiar, para assegurar as medidas protetivas de urgência⁸⁷; d) por fim, o parágrafo único dispõe que é admitida a prisão preventiva quando houver dúvida quanto à identidade civil do acusado, devendo este ser colocado em liberdade tão logo sanada a dúvida.⁸⁸

A prisão preventiva é, conforme se extrai do Código de Processo Penal, uma medida cautelar com rigorosas regras para sua aplicação. Como toda medida cautelar, só poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.⁸⁹

Além disso, o julgador deverá analisar a necessidade de sua decretação (circunstâncias gerais do artigo 312), sua adequação ao caso concreto (circunstâncias específicas e pessoais do artigo 282, II), e as limitações ao seu uso, sobretudo a disposição do artigo 313, I, que em outras palavras nos diz que nunca será admitida a prisão preventiva em crimes culposos ou naqueles punidos com penas alternativas: deve o crime ser doloso e sancionado com pena privativa de liberdade superior a quatro anos.⁹⁰

Mas o próprio artigo 313 do Código prevê exceções ao critério limitador temporal, em seus incisos II, III e parágrafo único, ou seja, ainda que o máximo da pena privativa de

⁸⁴ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁸⁵ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 87.

⁸⁷ Trataremos mais do assunto em capítulo próprio.

⁸⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁸⁹ PACHELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 43.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97 e 98.

liberdade cominada ao crime seja inferior a 4 anos, a prisão preventiva poderá ser decretada, desde que observadas as referidas exceções.⁹¹

A primeira, diz respeito ao reincidente em crime doloso. Para este, a prisão preventiva poderá ser decretada mesmo se o novo crime pelo qual esteja sendo processado tenha pena máxima inferior a quatro anos. A segunda, trata do réu que está sendo processado (ou investigado), pelo cometimento de crimes que envolvem violência doméstica, contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, no intuito de assegurar a eficácia das medidas protetivas anteriormente deferidas.⁹²

Por fim, o artigo 314 do Código de Processo Penal dispõe que, caso existam indícios de ter o réu agido amparado por alguma causa de exclusão de ilicitude, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito, não poderá ser decretada a prisão preventiva, pois ausente um dos seus pressupostos: *o fumus comissi delicti*.⁹³

Trata-se de uma decorrência puramente lógica: se nestes casos a ação do agente se reputa lícita, o Direito Penal restará afastado, e, portanto, uma restrição de liberdade será completamente incompatível. Ademais, o artigo 314 se comunica com o artigo 310, parágrafo único⁹⁴, do Código de Processo Penal.⁹⁵

Por fim, ressalte-se que a prisão preventiva poderá ser revogada a qualquer tempo (até porque não existe prazo para seu término), caso o juiz verifique que seus motivos tenham cessado. Não obstante, poderá o magistrado decretá-la novamente se sobrevierem razões que a justifiquem. São essas as disposições que se encontram no artigo 316 do Código de Processo Penal, o derradeiro dispositivo desta medida cautelar privativa de liberdade, onde também encerramos o capítulo.⁹⁶

⁹¹ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

⁹² LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100, 101 e 102.

⁹³ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 106.

⁹⁴ Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 103.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 103.

CAPÍTULO 2

2.1 ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIX, dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O artigo 1º do Código Penal repete este axioma, nos mesmos termos. Isto significa dizer que o princípio da legalidade apresenta-se como a maior das maiores garantias fundamentais conferidas aos integrantes do Estado Democrático de Direito brasileiro.⁹⁷

O princípio da legalidade impõe sejam estipuladas todas as condutas que poderão ser punidas através do Direito Penal, e o *quantum* da pena que incidirá sobre cada uma delas, de maneira prévia. Além disso, os preceitos normativos na esfera criminal devem ser postos da forma mais clara possível, sem o uso de expressões vagas ou que abram espaço para múltiplas interpretações.⁹⁸

Esta determinação advém de um subprincípio que se encontra inserto no princípio da legalidade, denominado “princípio da reserva legal”. Em outras palavras, não pode o legislador, ao inovar no ordenamento jurídico penal, criar tipos que contenham expressões vagas ou imprecisas, devendo ao revés editar normas taxativas e precisas.⁹⁹

Exemplos de tais conceitos vagos ou imprecisos seriam encontrados naqueles tipos penais que contivessem em seu preceito primário a seguinte redação: “São proibidas quaisquer condutas que atentem contra os interesses da pátria”. O que isso significa realmente? Quais são essas condutas que atentam contra os interesses da pátria? O agente tem de saber exatamente qual a conduta que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talante, alargar a sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), como já aconteceu na história do Direito Penal no período da Alemanha nazista, da Itália fascista, e na União Soviética, logo após a Revolução bolchevique.¹⁰⁰

Mas o princípio da legalidade não se encerra no direito material, como limitador à gênese de leis penais incriminadoras, e a crítica acima é perfeitamente aplicável ao direito processual, como iremos defender.

Segundo Aury Lopes Jr., o objeto da prisão cautelar é garantir o normal deslinde do processo penal, para que ao final o direito material possa ser aplicado. Então a prisão cautelar

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48 e 49.

⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

⁹⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 100.

¹⁰⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 101.

é um instrumento do processo (caráter instrumental), e não se presta a fazer justiça antecipada, ou seja, não pode ensejar um cumprimento prévio de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ainda que sob argumentos de resguardo da ordem pública.¹⁰¹

Fica evidenciado para este autor que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não se enquadra como medida cautelar instrumental, sendo, portanto, **inconstitucional**. Primeiramente, porque transforma uma medida processual em atividade policial (alheia à função jurisdicional), buscando tutelar a segurança pública. Com isso, faz da medida cautelar um verdadeiro cumprimento antecipado de pena, ferindo o axioma da presunção de inocência. E tudo isso é possível pois a expressão em comento consubstancia-se em um conceito vago e impreciso, desprovido de ancoradouro semântico, prestando-se à retórica judicial como elemento definidor.¹⁰²

Sua origem remonta à Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender.

Se esta medida, como foi falado, não é propriamente cautelar (não serve ao resguardo do processo), então só pode ser concebida como uma antecipação da aplicação do direito material (afastar o acusado do convívio social, punindo-o antes de uma sentença definitiva). Com isso, a abertura semântica acaba por transgredir o princípio da legalidade e da taxatividade, pois seu conteúdo é preenchido pelo Órgão judicante, e o juízo prévio de culpabilidade destroça o axioma da presunção de inocência.¹⁰³

Mas se por um lado a prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública é considerada inconstitucional na visão deste autor, a mesma medida decretada para a “conveniência da instrução” ou para a “aplicação da lei penal” é concebida como legítima medida cautelar. Isto porque o fundamento destas duas últimas modalidades objetiva a tutela do processo, com suas determinações semânticas bem delineadas.¹⁰⁴

Aliás, interessante notar que não é de hoje que estes dois últimos fundamentos são considerados exemplos idôneos de cerceamento de liberdade antes da sentença condenatória. Beccaria já no século XVIII tratava do assunto:

O réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de fugir ou de esconder as provas do crime.¹⁰⁵

¹⁰¹ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107 e 108.

¹⁰² LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108 e 111.

¹⁰³ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107.

¹⁰⁵ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 62.

Para Ferrajoli, significa uma perversão ao instituto da prisão cautelar atribuir-lhe outra função que não a de instrumento exclusivamente processual. Com efeito, é iníquo utilizar-se da prisão preventiva como instrumento de prevenção e defesa social, sobretudo quando guarda relação com a necessidade de evitar a reiteração delitiva do acusado, atribuindo-se lhe um determinado grau de periculosidade.¹⁰⁶

Todavia, embora o instituto da prisão preventiva calcada na garantia da ordem pública possa ser considerado inconstitucional na visão destes autores, o fato é que se encontra vigente e a pleno vapor no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa esteira, se já se argumentou acerca de suas infringências contra a ordem constitucional, resta saber onde encontra sua legitimidade na Constituição Federal de 1988.

Lenio Luiz Streck parece nos conduzir para uma reflexão mais sóbria sobre a contenda. Aduz em sua obra que é preciso deixar de lado essa dicotomia, onde figura de um lado o Estado mal, e de outro o indivíduo indefeso: o processo penal deve ser encarado como uma ciência hermenêutica.¹⁰⁷

Com efeito, propõe que o fenômeno processual seja pensado a partir de dois princípios: o **princípio da proibição do excesso** de um lado, e o **princípio da proteção deficiente** do outro. Ressalte-se que estes dois princípios emanam diretamente do princípio da proporcionalidade. Assim, pode-se entender o princípio da proibição do excesso como um “escudo” contra a atuação exorbitante do Estado na sua função punitiva (garantismo negativo), ao passo que o princípio da proteção deficiente ocorre, de maneira oposta, com a omissão estatal, ou seja, quando suas ações de proteção aos direitos fundamentais se mostram insuficientes (garantismo positivo).¹⁰⁸

Nesta perspectiva, o fundamento constitucional da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, sob o prisma do princípio da proteção deficiente, seria a própria garantia de direitos fundamentais coletivos da sociedade. Trata-se de um garantismo positivo que, ao contrário do garantismo negativo (consubstanciado pela proteção contra os excessos do Estado), impõe ao Estado que este não se omita no seu dever de proteção dos bens jurídicos penais.¹⁰⁹

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 509.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 19, 20 e 21.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da proibição de proteção deficiente*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 16 dezembro. 2009.

Sob esta ótica de um garantismo positivo, o autor menciona que no julgamento do HC 97.688/09¹¹⁰, o à época Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, buscou conciliar a decretação da prisão preventiva sob o fundamento da garantia da ordem pública, com o artigo 144 da Constituição Federal de 1988:

Para ele, o ancoradouro desta segurança conceitual encontra-se no art. 144 da CF, que cuida da segurança pública. Nos termos deste dispositivo constitucional, a segurança pública é dever do Estado e direito de todos e é exercida para preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e de seu patrimônio. A partir disso, entende o Ministro que a ordem pública “é um bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.¹¹¹

Entretanto, analisando a história recente do país, percebe-se que a lei nem sempre se encontra em consonância com o Estado Democrático de Direito. Se for observado o artigo 10º, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, editado no auge do regime militar no Brasil, veremos que a redação do aludido dispositivo traz em seu bojo similar justificativa para cercear direitos e garantias fundamentais, senão vejamos:

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.¹¹²

Em decorrência, Lenio Luiz Streck defende que a maior preocupação não deve ser a de preencher semanticamente o conceito de ordem pública, mas sim, de investigar se a garantia da ordem pública pode ser concebida como uma medida legítima a decretar a prisão provisória de um acusado, sobretudo na atual conjuntura de um Estado Democrático de Direito. Para este autor, o que se encontra sempre em jogo quando da decretação de uma prisão preventiva para a garantia da ordem pública, são os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Penal, que podem ser resumidos na “gravidade do crime” e na “periculosidade do agente”. Tais elementos, contudo, devem ser muito bem delimitados e fundamentados, em concreto, respaldados na realidade dos fatos.¹¹³

Mas este juízo prévio da gravidade de um crime que não se sabe ainda ter ocorrido com certeza, e a periculosidade do agente que talvez não o tenha perpetrado, ainda assim, encontram óbice no axioma da presunção de inocência. Qual é então a solução hermenêutica para ultrapassar essa discussão, e legitimar a prisão preventiva sob a garantia da ordem pública?

¹¹⁰ HC 97.688. DJ. 27.10.2009 apud STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68.

¹¹² BRASIL. Ato Institucional Nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Código de Processo Penal. Brasília, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68.

Para Lenio, a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nos brindou com um parâmetro limitador: **a gravidade do crime só é fundamento jurídico válido para decretar a prisão preventiva do acusado, se vier acompanhado de outro fundamento jurídico**. Mais, a gravidade do delito divide-se na “gravidade em abstrato” e na “gravidade em concreto”, sendo tão somente esta última considerada idônea para fins de um decreto prisional preventivo.¹¹⁴

Trata-se de uma discussão relevante, tendo em vista que todas as condutas criminalizadas já são, *a priori*, graves de maneira abstrata, pois se não fossem, dificilmente integrariam o ordenamento jurídico penal. Com efeito, a gravidade em concreto do crime é aferível através dos elementos de cognição encontrados nos autos, que demonstrarão o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.¹¹⁵

Karl Olivecrona, um dos grandes pensadores do realismo jurídico, se refere a esse tipo de expressão de conteúdo semântico impreciso – a exemplo da “garantia da ordem pública” – como uma “palavra oca”.

Nosso sistema jurídico está repleto de conceitos sobrenaturais, isto é, de conceitos que não podem ser definidos em termos de experiência, e dos quais se supõe que fluem decisões empíricas de todo tipo. A teoria jurídica moderna apresenta um ultimatum a esses conceitos não verificáveis. Toda palavra que não tenha provisão de fundos na moeda de fatos a vista, é declarada falida.¹¹⁶

Com efeito, a importância de situar uma norma de caráter impreciso como a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, na apreciação dos elementos reais que deverão ser analisados no caso (gravidade concreta) é a de removê-la do plano metafísico, tornando-a verdadeira norma de conteúdo fático. Sobre esta correspondência do direito com a realidade, disserta Alaôr Caffé Alves:

O direito, em sua plena realidade, não é considerado como algo pronto e acabado, como é formalmente apreciado, com independência de suas raízes no mundo, mas exatamente como um processo, como uma realidade em movimento dialético na qual a forma não pode existir e ter consistência como tal, independentemente do suporte material que a sustenta e a faz ser precisamente uma forma. A forma sempre supõe um conteúdo do qual é forma. Se o direito é o modo deontico (dever-ser) de uma conduta, como poderia existir sem essa conduta? Melhor: o modo deontico que determina a proibição, a obrigação ou a permissão de uma conduta, isto é, o modo normativo, pressupõe sempre uma conduta, um suporte material para sua existência. E isso afeta essencialmente a própria forma.¹¹⁷

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71 e 72.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

¹¹⁶ Transcendental Nonsense and the Functional Approach, 35 Col. L. Ver., p. 823 (1935) apud OLIVECRONA, Karl. Linguagem Jurídica e Realidade. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24 e 25.

¹¹⁷ ALVES, Alaôr Caffé. Dialética e direito: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito. São Paulo: Manole, 2010. p. 7 e 8.

Portanto a gravidade em concreto, é a análise que deve ser feita em cada caso, para encontrar um respaldo fático à norma. Mas a gravidade em concreto, por sua vez, não pode conectar-se somente ao fato do delito ter sido cometido com ou sem violência à pessoa, tendo em vista que crimes como a corrupção, por vezes se revelam mais atroz à sociedade do que um homicídio.¹¹⁸

Ou seja, a gravidade do crime exige um maior esforço por parte do juiz que exara o decreto prisional, uma vez que ele terá o dever de motivar sua decisão de modo a convencer toda comunidade política de que não é apenas porque o crime é considerado socialmente “grave” que a prisão será decretada, mas sim, que há motivos jurídicos – e não políticos, econômicos ou morais – autorizadores dessa prisão.¹¹⁹

Se a medida é constitucional ou inconstitucional, o fato é que nossa política legislativa já autorizava a prisão preventiva para a garantia da ordem pública desde 1941, e a reforma processual penal implementada pela Lei 12.403/11 manteve a expressão inalterada, ainda que, para a comunidade jurídica, seja lamentável esta decisão.¹²⁰

A expressão “ordem pública”, malgrado a pluralidade de sentidos que se possa dali extrair, parece preocupar-se com a tranquilidade da comunidade. A política legislativa sinaliza no sentido de que o equilíbrio e a estabilidade da sociedade dependem desta garantia, de que a ordem se encontre estabelecida, ainda que o instituto da medida cautelar se afaste de seu caráter instrumental.¹²¹

E se o instituto existe no ordenamento jurídico processual penal, é porque reputa-se constitucional. Mas com isso a difícil tarefa de nortear sua aplicação sem esbarrar com direitos e garantias fundamentais¹²², será uma missão delicada e percuciente, designada aos intérpretes e aplicadores do direito.¹²³

2.2 ORDEM PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Pode-se dizer que até aqui conseguimos situar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma medida cautelar de

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75.

¹²⁰ PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 100.

¹²¹ PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 93.

¹²² E este embate é justamente o que se discute na dualidade dos princípios da proibição do excesso e da proteção deficiente.

¹²³ PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 94.

natureza pessoal, que se insere no ramo do Direito Processual Penal, que por sua vez é regido por princípios constitucionais.

Também verificamos se o instituto da prisão preventiva para a garantia da ordem pública se compatibilizava com a ordem constitucional pós 1988, e se era possível encontrar algum dispositivo normativo dentro da própria Constituição que contivesse em seu enunciado a expressão “ordem pública”, ou algum outro que pudesse nos remeter a esta ideia, de modo a aclarar melhor seu conteúdo semântico.

Todavia, é possível dizer que ainda não exploramos a prisão preventiva para a garantia da ordem pública no local onde se deu propriamente a sua gênese, ou seja, no Código de Processo Penal.

Analizando-se a história e o espírito por trás deste diploma normativo que se reinventa a partir de 1941, fica evidente que, a despeito das inúmeras reformas que sofreu até os dias atuais, os pressupostos da prisão preventiva mantiveram-se basicamente os mesmos (exceto a garantia da ordem econômica que foi instituída bem posteriormente, pelo art. 86 da Lei 8.884/94).¹²⁴

Portanto, é perceptível que tanto o legislador de 1941, quanto o legislador atual, mantiveram a expressão “garantia da ordem pública” como requisito da prisão preventiva, revelando uma norma de caráter impreciso que deverá ser preenchida (valorada) pelo Juiz em compasso com a realidade de cada caso.¹²⁵

Outra constatação que é possível ser extraída da exposição de motivos do Código de Processo Penal, redigida por Francisco Campos à época Ministro da Justiça, é a preocupação do legislador em privilegiar a segurança da sociedade – que se traduz em uma atuação estatal mais enérgica no combate ao crime e na punição dos infratores da lei penal –, em detrimento de direitos e garantias individuais.¹²⁶

Não olvidamos que a última grande reforma do Código de Processo Penal através da Lei 12.403/2011 trouxe em seu bojo diversas inovações importantes no tocante ao regime jurídico das medidas cautelares pessoais, sedimentando o caráter de excepcionalidade e subsidiariedade das prisões cautelares, em atenção especial aos novos preceitos constitucionais adotados em 1988.¹²⁷

¹²⁴ PACELLI, Eugênio. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 88 e 89.

¹²⁶ *Vade Mecum Saraiva*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 587 a 592.

¹²⁷ *Doutrina: edição comemorativa, 25 anos*. Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 141 e 142.

Foi inclusive cogitada a supressão da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e da ordem econômica no projeto originário do PL n. 4.208/2001, mas a redação foi resgatada pela Câmara dos Deputados em 2002, e se manteve até o fim da tramitação.¹²⁸

A despeito das interpretações valorativas, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, enquanto norma jurídica positivada, merece ser analisada também em sua estrutura formal. Segundo Norberto Bobbio, normas jurídicas são **proposições prescritivas** formadas por enunciados, que por sua vez revelam-se através de um conjunto de palavras. Os enunciados podem ser escritos de maneiras variadas, com palavras também variadas, e ainda assim resultar em uma mesma proposição, ou seja, expressarem um mesmo significado. A proposição prescritiva é, portanto, uma unidade de significado que se revela através de um enunciado e se reveste formalmente como norma jurídica.¹²⁹

Existem diversos tipos de proposição, e é possível distingui-los sob dois critérios: quanto à sua **forma gramatical** e quanto à sua **função**. Enquanto forma gramatical, a proposição pode ser declarativa, interrogativa, imperativa e exclamativa. Já como função, pode ser uma asserção, uma pergunta, um comando ou uma exclamação. Ao direito de um modo geral, as proposições que mais importam são os comandos. Comandos, embora possam se revestir da forma gramatical imperativa, ou seja, de uma ordem direta – “não pise na grama!” –, por vezes serão expressos por declarações, interrogações ou exclamações. **No direito, a maioria dos comandos se revela através da forma gramatical declarativa.**¹³⁰

Pode-se concluir, ao ler a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, que quando o legislador diz que “a prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública”, não se trata de uma mera faculdade ou recomendação, mas de um dever que é imposto ao Magistrado, caso se encontrem presentes os seus requisitos e não se recomendem medidas cautelares diversas da prisão (caráter excepcional e subsidiário das prisões cautelares). A prisão preventiva para a garantia da ordem pública é, nesta linha, uma proposição prescritiva, pois traduz um comando, mas sob a forma gramatical declarativa (e não imperativa), uma vez que não impõe este comando através de um discurso imperativo direto.

Retomando a ideia de Bobbio, toda proposição se revela por um enunciado, que por sua vez é um conjunto de palavras que guardam entre si uma unidade de significado.

¹²⁸ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 03 ed. São Paulo: EDIPRO, 2005. p. 73 e 74.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 03 ed. São Paulo: EDIPRO, 2005. p. 75 e 76.

Analisando-se a redação do artigo 312 do Código de Processo Penal, percebe-se em uma primeira (e milésima) lida que o enunciado ali descrito não constrói essa unidade de significado. A proposição “a prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública [...] quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, não transmite uma mensagem que possa ser compreendida *per se*. Isto porque para entender esta proposição, é indispensável definir o que vem a ser a “ordem pública”.

Com efeito, a próxima tarefa que nos compete, é a de investigar, dentro do Código de Processo Penal, em que outros dispositivos a expressão “ordem pública” aparece, e a partir daí capturar os traços e vestígios deixados pelo legislador para entender o seu significado.

Logo no artigo 7º do Código de Processo Penal, é possível encontra-la:

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, **desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.**¹³¹

Segundo Nucci, a contrariedade à ordem pública neste caso poderia ser exemplificada com o procedimento de reconstituição de uma chacina, em um lugar onde a população local ainda se encontre perplexa e revoltada com o crime, o que poderia, inclusive, acarretar no linchamento do réu. Perceptível, na construção deste autor, que a expressão guarda uma ligação direta com a segurança pública da comunidade.¹³²

A segunda aparição da expressão “ordem pública” se encontra no artigo 185, §2º, inciso IV, do Código de Processo Penal:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

IV - **responder à gravíssima questão de ordem pública.** (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)¹³³

Neste caso, a indeterminada expressão informa que o interrogatório do réu só será feito por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, caso se mostre verdadeiramente necessário, no intuito de resguardar a segurança

¹³¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2015.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 79.

¹³³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

pública, tendo em vista o risco de haver tumultos ou interrupções anormais na vida cotidiana dos habitantes da sociedade local.¹³⁴

Ilustrando, em Comarca pequena, sem segurança compatível, acontece um delito grave e a população cerca o fórum, ameaçando linchar o acusado. O caos na segurança transparece e o magistrado pode valer-se do recurso da videoconferência para a realização do ato processual.¹³⁵

Também o artigo 427 do Código de Processo Penal faz menção à expressão garantia da ordem pública, senão vejamos:

Art. 427. **Se o interesse da ordem pública o reclamar** ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)¹³⁶

Mais uma vez se está diante de uma questão de segurança pública. O risco de se realizar o júri em determinada comarca pode ser evidenciado pela ocorrência de distúrbios que gerem intranquilidade na sociedade local. A apuração deste risco não pode se dar somente pela repercussão midiática que o caso gerou, mas analisando-se concretamente a possibilidade de sua ocorrência, ouvindo-se, inclusive, as autoridades locais.¹³⁷

Por fim, o artigo 781 do Código de Processo Penal também inclui a ordem pública em sua redação:

Art. 781. As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, **se contrárias à ordem pública** e aos bons costumes.¹³⁸

Interessante notar que na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 17, também é possível encontrar a expressão, senão vejamos:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, **a ordem pública** e os bons costumes.¹³⁹

Sobre esta conceituação de ordem pública na visão do Direito Internacional, disserta Dolinger:

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 457.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 457.

¹³⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 933.

¹³⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

¹³⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2015.

A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média, será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. Em nenhum aspecto do direito o fenômeno social é tão determinante como na aferição do que fere e do que não fere a ordem pública. Compatível ou incompatível com o sistema jurídico de um povo – eis a grande questão medida pela ordem pública – para cuja aferição a Justiça deverá considerar o que vai na mente e no sentimento da sociedade.¹⁴⁰

Majoritariamente, o Código de Processo Penal adota a expressão “ordem pública” com um sentido de tranquilidade social, segurança pública e contenção de riscos. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública, estando inserida no mesmo diploma, certamente inspira a mesma utilidade. Contudo, por se tratar de uma medida cautelar de encarceramento, deve ser melhor delineada, pois a liberdade é um bem comum e precioso a todos os vivos.

Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento “universal e constante”? Sua perda tem portanto o mesmo preço para todos; melhor que a multa, ela é o castigo “igualitário”. [...] sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.¹⁴¹

Feitas as estas análises, concluímos o capítulo com uma ideia mais clara acerca do que vem a ser a “ordem pública” sob o entendimento do legislador, revelado pela própria norma, o Código de Processo Penal.

2.3 ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Ao longo da história da humanidade, a mulher tardou em ser reconhecida como um sujeito de direitos dotado dos mesmos atributos intelectuais que os homens. Direitos sociais simples como votar, trabalhar, se divorciar, foram conquistas muito recentes, que surgiram somente no século XIX.¹⁴²

Com isso, criou-se um vínculo de subordinação e dependência a que a mulher se encontrou sujeita ao homem durante séculos de existência, e que somente aos poucos vem se quebrando. Naturalmente, estando em situação de poder econômico e psicológico sobre a

¹⁴⁰ DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado, parte geral. 6 ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001, p. 387.

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 217 e 218.

¹⁴² FIOREZE, Renato e CORTE, Thaís Dalla. Prisão preventiva: análise das controvérsias legais na aplicação da medida cautelar frente à lei Maria da Penha. São Paulo: Revista síntese direito penal e processual penal, 2011. p. 142.

mulher, o homem com frequência passou a protagonizar episódios de violência contra sua consorte, legitimado pelos próprios valores da sociedade, o que fez com que as mulheres, vítimas nesse contexto, adotassem uma postura passiva de aceitação, acreditando na normalidade destes eventos.¹⁴³

Um dos grandes exemplos desta realidade que continua a existir no país, foi o caso de Maria da Penha Maia Fernandes que, em 1983, sofreu duas tentativas de homicídio perpetradas pelo seu marido, o que fez com que ela ficasse paraplégica. Não aceitando esta situação, Maria da Penha batalhou para ver seu agressor julgado e condenado, o que só veio a ocorrer após o Brasil sofrer condenação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) “por violação ao direito fundamental da vítima mulher ante a ineficiência da persecução penal”.¹⁴⁴

Em face desta omissão legislativa específica para a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica é que se criou a Lei 11.340/2006, batizada com o nome de “Lei Maria da Penha”, em homenagem à sua emblemática luta. Permeada por matérias de direito civil, penal, processuais e de assistência social, a Lei Maria da Penha busca equilibrar as forças ao proteger o polo mais fraco destes relacionamentos sociais formados por homens e mulheres, facilitando a punição dos agressores.¹⁴⁵

Uma das medidas que foi implementada pela Lei 11.340/2006 no combate à violência doméstica vem prevista em seu artigo 20, cuja redação autoriza a decretação da prisão preventiva do agressor, tanto na fase do inquérito policial, quanto durante a instrução criminal.¹⁴⁶ Ademais, a Lei alterou o inciso IV, do artigo 313 do Código de Processo Penal, admitindo a prisão preventiva:

[...] se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência¹⁴⁷

¹⁴³ FIOREZE, Renato e CORTE, Thaís Dalla. Prisão preventiva: análise das controvérsias legais na aplicação da medida cautelar frente à lei Maria da Penha. São Paulo: Revista síntese direito penal e processual penal, 2011. p. 142.

¹⁴⁴ FIOREZE, Renato e CORTE, Thaís Dalla. Prisão preventiva: análise das controvérsias legais na aplicação da medida cautelar frente à lei Maria da Penha. São Paulo: Revista síntese direito penal e processual penal, 2011. p. 143.

¹⁴⁵ FIOREZE, Renato e CORTE, Thaís Dalla. Prisão preventiva: análise das controvérsias legais na aplicação da medida cautelar frente à lei Maria da Penha. São Paulo: Revista síntese direito penal e processual penal, 2011. p. 143.

¹⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 09 ago.

¹⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 09 ago.

Posteriormente, a Lei 12.403/2011 revogou o inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal, dando nova redação ao inciso III do mesmo artigo, admitindo-se a decretação da prisão preventiva:

[...] se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; [...]¹⁴⁸

Com as inovações em sede de medida cautelar trazidas pela Lei 11.340/2006, a doutrina passou a discutir suas compatibilidades com o sistema processual penal vigente, ora enaltecendo a lei, ora tecendo severas críticas.

Segundo Aury Lopes Jr, ao analisar o inciso III do Código de Processo Penal, cuja gênese se deu a partir da Lei 11.340/2006, com as decorrentes modificações – como foi visto acima – o legislador não criou uma nova modalidade de *periculum libertatis*, pois se assim o quisesse, deveria tê-lo feito no artigo 312 do Código de Processo Penal. Com isso, para que a prisão preventiva seja decretada, deve estar presente algum dos requisitos do artigo 312 (*periculum libertatis* – onde caberia a garantia da ordem pública como fundamento), conglobado com o requisito do *fumus commissi delicti*, e ainda, somado ao fato de ter sido o crime cometido com violência doméstica.¹⁴⁹

Respalhando a visão deste autor, tem-se um julgado do STJ onde a prisão preventiva decretada para “garantir a execução das medidas protetivas de urgência”, própria do inciso III do artigo 313, aliou-se à garantia da ordem pública:

Evidenciado que o paciente, mesmo após cientificado das medidas protetivas de urgência impostas, ainda assim voltou a ameaçar a vítima, demonstrada está a imprescindibilidade da sua custódia cautelar, especialmente **a bem da garantia da ordem pública**, dada a necessidade de resguardar-se a integridade física e psíquica da ofendida, fazer cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto, e também **para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência** deferidas.¹⁵⁰

Por outro lado, na visão deste autor, não se pode considerar qualquer crime como passível de decretação da prisão preventiva, ainda que o juiz tenha determinado proibição de contato com a ofendida, e o agressor descumprido. Crimes como injúria, calúnia ou difamação não se compatibilizariam com a prisão preventiva, em atenção aos princípios

¹⁴⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

¹⁴⁹ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

¹⁵⁰ HC 230.940-MG, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, 08.05.2012.

norteadores das medidas cautelares, como a proporcionalidade e a adequação, bem como com o caráter subsidiário da prisão preventiva.¹⁵¹

Pacelli, sem ressalvas ao inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, relembra que a prisão preventiva decretada nesta fundamentação não necessita que o delito imputado tenha pena máxima em abstrato maior que quatro anos, podendo ser decretada a qualquer crime, desde que envolvendo os hipossuficientes ali elencados. Isto porque, em sua concepção, a prisão preventiva da violência doméstica possui a nítida função de evitar a reiteração criminosa.¹⁵²

A isto o autor denomina “função autônoma da preventiva”, pois supera tanto o caráter subsidiário referido pelo Código de Processo Penal, quanto o instrumental das medidas cautelares, surgindo como primeira opção, desde que subsidiada pela garantia da ordem pública:

Fato é que, diante das condições pessoais do agente e das circunstâncias fáticas que componham determinado contexto, a prisão preventiva pode apresentar-se, de plano, como medida necessária, proporcional e, mesmo, a única adequada para o efetivo cumprimento das finalidade acautelatórias à efetividade do processo e à **ordem pública** (ou econômica).¹⁵³

De se conferir que, este entendimento encontra guarida na jurisprudência, conforme se extrai do julgado do TJMG abaixo:

Os crimes que envolvem violência doméstica viabilizam a prisão preventiva do agente, nos termos do art. 313, III, do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, pois tais crimes criam comoção social, conturbando a **ordem pública** [...]¹⁵⁴

Em conclusão, a garantia da ordem pública se encontra presente nos crimes que envolvem violência doméstica, pois o seguimento majoritário aponta para o fato de que o *periculum libertatis* deve ser extraído do artigo 312 do Código de Processo Penal, aliando-se a isso o requisito de resguardar as medidas protetivas de urgência deferidas sob a égide da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Mas nem sempre. Isto porque a prisão preventiva da lei 11.340/2006 pode, de fato, revestir-se de um caráter instrumental, quando é decretada para garantir as medidas protetivas decretadas anteriormente, e descumpridas pelo agressor; mas também, pode existir

¹⁵¹ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

¹⁵² PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109.

¹⁵³ PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109 e 110.

¹⁵⁴ HC 0779301-98.2012.8.13.0000-MG, 4ª Câ. Crim., rel. Delmival de Almeida Campos, 01.08.2012.

de forma autônoma, quando para evitar que um risco, evidenciado pelos elementos colhidos nos autos, venha a se concretizar em um dano, ainda que não se tenha decretado medida protetiva em momento pretérito. Nos parece que, quando a prisão preventiva é decretada nesta última acepção, guarda estreita relação com a função policiallesca própria das demais prisões preventivas decretadas aos demais crimes, para a garantia da ordem pública.

CAPÍTULO 3

3.1 ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA – JURISPRUDÊNCIA EM ACORDO COM AS LEIS E A DOUTRINA MAJORITÁRIA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA

A amplitude do conceito “garantia da ordem pública” não pode ser óbice à sua aplicação nos tribunais. Por isto, o que se vê na prática é um vasto arcabouço jurisprudencial desenvolvido ao longos dos anos, e mais ou menos consolidado nas Cortes Especial e Extraordinária do país.

Costuma servir de fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública o risco de reiteração delitiva¹⁵⁵, a periculosidade do agente¹⁵⁶, a gravidade em concreto da conduta criminosa (se aliada à outro elemento)¹⁵⁷, a quantidade de droga apreendida com o agente (nos crimes desta natureza), quando expressiva, se aliada, também, à outro elemento¹⁵⁸, entre outros que serão abordados.

Não tem sido considerado como fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública a gravidade em abstrato do delito (isto é, a mera prática da conduta criminosa, sem outro elemento analisado no caso concreto)¹⁵⁹, a comoção social ou eventual indignação popular¹⁶⁰, o fortalecimento da credibilidade das instituições públicas¹⁶¹, e outros mais.

Passemos à análise dos julgados que se encontram dentro de uma linha decisional aceita na jurisprudência e na doutrina. Se destaca o HC 112.547, de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, julgado em 18.10.2013:

¹⁵⁵ STF HC 109723, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012.

¹⁵⁶ STF HC 105585, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012.

¹⁵⁷ STJ RHC 42.002/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013.

¹⁵⁸ STF RHC 116709, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013.

¹⁵⁹ STF RHC 117493, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013.

¹⁶⁰ STF HC 110132, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012.

¹⁶¹ STF HC 127186, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015.

Habeas corpus. 2. Homicídio praticado mediante concurso de agentes (art 121, caput, c/c art. 29, do CP). 3. **Prisão preventiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Gravidade demonstrada pelo modus operandi. Periculosidade do acusado. Concreta probabilidade de reiteração delitiva.** Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 4. Demora na conclusão do inquérito. Alegação superada. Audiência de instrução e julgamento designada. 5. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

(HC 112547, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 17-10-2013 PUBLIC 18-10-2013)

Extraí-se do julgado acima uma correlação entre a gravidade em concreto do delito, isto é, analisada a partir do *modus operandi* verificado nos autos, em soma à periculosidade do acusado, acarretando em um risco de reiteração delitiva. Com isso, faz o relator um juízo de proporcionalidade em compasso com os ditames do artigo 282, incisos I e II do Código de Processo Penal.¹⁶²

Ademais, filia-se à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, citada por Lenio Streck, determinando que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, sob o fundamento da gravidade em concreto do delito, deve vir somada a outro fundamento jurídico relevante.¹⁶³

Também tem sido fundamento idôneo a prisão preventiva para a garantia da ordem pública nos crimes que envolvem as associações criminosas (antigamente denominadas “quadrilhas”). Neste sentido é o HC 95.024 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado em 14.10.2008:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA PARA A PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM INDEFERIDA. 1. Devem ser desconsiderados quaisquer fundamentos que não tenham sido expressamente mencionados no decreto de prisão preventiva, pois, na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a idoneidade formal e substancial da motivação das decisões judiciais há de ser aferida segundo o que nela

¹⁶² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

haja posto o juiz da causa, não sendo dado "ao Tribunal do habeas corpus, que a impugne, suprir-lhe as faltas ou complementá-la" (Habeas Corpus ns. 90.064, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 22.6.2007; 79.248, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 12.11.1999; 76.370, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJ 30.04.98). 2. **A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.** 3. Ordem denegada.

(HC 95024, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-06 PP-01220)

Nesta mesma linha há o HC 122.911 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 30.09.2014, citando jurisprudência mais recente:

Ementa: Penal e Processo Penal. Habeas Corpus. Tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes – artigos 33, caput, e 35, da Lei n. 11.343/2006. **Prisão preventiva para garantia da ordem pública. Associação criminosa responsável pelo abastecimento de entorpecentes na região: “Disque-drogas”.** Custódia mantida na sentença condenatória (art. 387, § 1º, do CPP). Quadro fático inalterado. HC no Tribunal local. Liminar indeferida. Writ no STJ liminarmente indeferido: Súmula 691/STF. Supressão de instância. Inexistência de teratologia no ato impugnado. 1. **A prisão cautelar com fundamento na garantia da ordem pública ressurte legítima quando evidenciada a necessidade de cessar a atuação de organização criminosa constituída para a disseminação reiterada de drogas [...]**

(HC 122911 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 23-10-2014 PUBLIC 24-10-2014)

Questão que costuma ser objeto de combate entre acusação e defesa é a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, quando o agente possui condições pessoais favoráveis, isto é, naquilo que preconiza o artigo 282, II, parte final, do Código de Processo Penal, as “condições pessoais do indiciado ou acusado” demonstram que este não possui envolvimento pretérito com a justiça criminal, possui residência fixa, trabalho lícito, etc.¹⁶⁴

Sobre a matéria, vem decidido a Suprema Corte que os requisitos de natureza pessoal, ainda que favoráveis, não obstam a decretação da prisão preventiva, caso presentes os

¹⁶⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

demais requisitos do artigo 312 do CPP. Coaduna tal afirmação o HC 98.781 do Supremo Tribunal Federal, julgado em 24.11.2009, de relatoria da Ministra Ellen Gracie:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. PROCESSO COMPLEXO. IMPUTAÇÃO CRIMINOSA. FATOS E PROVAS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO A CO-RÉU. COMPETÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Conforme decisão proferida pelo magistrado de primeira instância, verifico que a constrição cautelar do paciente, ao que me parece, foi suficientemente fundamentada, já que, **diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a decretação da prisão preventiva se justifica para a garantia da ordem pública e para conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.** 2. **A decretação da prisão cautelar, na realidade, se baseou em fatos concretos observados pelo Juiz de Direito na instrução processual, notadamente a periculosidade do paciente, não só em razão da gravidade do crime perpetrado, mas também pelo modus operandi da empreitada criminosa.** 3. **A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP** (HC 83.148/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 02.09.2005). [...] (HC 98781, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/11/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-01 PP-00204)

Por outro lado, se as condições pessoais do réu lhe forem desfavoráveis, mais provável será a decretação de sua prisão preventiva para a garantia da ordem pública, com vistas a evitar a reiteração delitiva do agente. O raciocínio feito pelos tribunais é simples: quanto mais extensa a folha de antecedentes penais do infrator, mais propenso a delinquir. No HC 301.682 do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20.08.2015, fica em evidência esta linha de raciocínio:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. USO DE DOCUMENTO FALSO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 52/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. Na hipótese, a prisão preventiva foi determinada para a garantia da ordem pública, dada a extensa folha de antecedentes criminais do acusado, o que demonstra propensão para a prática de crimes, sendo concreto, portanto, o risco de reiteração delitiva. [...]

(HC 301.682/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015)

Tem sido admitida a prisão preventiva para a garantia da ordem pública naqueles crimes próprios da Lei 11.343/2006, quando a quantidade de droga apreendida com o agente é de grande monta. A justificativa é a de que a alta quantidade de droga revela um excessivo grau de periculosidade do agente à sociedade. Neste entendimento, citamos o HC 306.471 do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20.08.2015:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS E FUGA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. No caso, o acórdão impugnado preservou a medida extrema em razão da periculosidade do paciente, ressaltando dados concretos da conduta praticada - apreensão de mais de 6kg de maconha e 250g de cocaína -, além de apontar que o acusado encontra-se foragido da justiça, motivos que justificam a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 306.471/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015)

Como já argumentado no capítulo anterior, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública tem sido usada também naqueles delitos que envolvem violência doméstica, nos termos da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Aqui exemplificamos com o RHC 55.740 do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, julgado em 04.08.2015:

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. PRISÃO PREVENTIVA.

GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco de que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por constituir medida de caráter excepcional, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada

concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.

3. Conforme prescreve o art. 313, IV, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada "se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência".

4. No caso dos autos, forçoso convir que a decisão do magistrado de primeiro grau encontra-se fundamentada em fatos concretos, inclusive no histórico de episódios de violência doméstica praticada pelo recorrente.

5. Ademais, as circunstâncias descritas nos autos corroboram a necessidade de preservação da ordem pública, mediante a manutenção da segregação acautelatória do recorrente, dada a gravidade da conduta praticada contra sua esposa, devendo ser ressaltado o modus operandi - tentativa de homicídio com uso de uma faca, com a qual desferiu vários golpes em regiões vitais do corpo da vítima -, o que evidencia sua periculosidade social.

6. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 55.740/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015)

Analizada a jurisprudência pátria que tem se firmado nesta seara investigativa – prisão preventiva para a garantia da ordem pública –, passaremos a ver, no próximo capítulo, decisões em descompasso, que vieram a ser reformadas posteriormente pelas Cortes superiores.

3.2 ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA – JURISPRUDÊNCIA EM CONFLITO COM AS LEIS E A DOUTRINA MAJORITÁRIA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA

Prosseguindo nesta fase jurisprudencial da pesquisa, o HC 127186 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 28.04.2015, concede-nos um rico caso a ser examinado.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRESUNÇÃO DE FUGA. IMPOSSIBILIDADE. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ENCERRAMENTO DE COLHEITA DA PROVA ACUSATÓRIA. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS COM A MESMA EFICIÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA

CAUTELAR. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. A prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. 2. Ademais, essa medida cautelar somente se legitima em situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. Ou seja, é indispensável ficar demonstrado que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. [...] **4. No que se refere à garantia da instrução criminal, a prisão preventiva exauriu sua finalidade. Não mais subsistindo risco de interferência na produção probatória requerida pelo titular da ação penal, não se justifica, sob esse fundamento, a manutenção da custódia cautelar. Precedentes.** 5. A jurisprudência desta Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal tem orientação segura de que, em princípio, não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, “nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade” (HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). 6. Não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de cometimento de crimes como os aqui indicados e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito a ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos

estritos casos autorizados pelo legislador. [...]

(HC 127186, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015)

Ricardo Ribeiro Pessoa, o Paciente do Habeas Corpus acima relatado, é um dos réus no processo nº 5073475-13.2014.404.7000/PR, oriundo da famosa “Operação Lava-Jato”, deflagrada pela Polícia Federal no intuito de apurar um esquema de lavagem de dinheiro bilionário, obtido através de conluíus entre grandes empreiteiras e dirigentes da Petrobrás, consistindo na fraude à licitações de obras desta última.

O Paciente teve sua prisão preventiva decretada na fase investigatória, e após, foi denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 2º, *caput*, e §4º, II, III, IV e V¹⁶⁵ c/c art. 1º, §1º¹⁶⁶, ambos da Lei 12.850/2013; no artigo 333, parágrafo único do CPB¹⁶⁷ e no artigo 1º c/c §2º, II, da Lei 9.613/1998¹⁶⁸.

A defesa impetrou Habeas Corpus no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo a ordem sido denegada. Para atacar esta decisão, foi impetrado outro Habeas Corpus, desta vez no Superior Tribunal de Justiça, que sequer foi conhecido. Contra esta decisão, insurgiu-se a defesa impetrando o mesmo remédio constitucional, perante o Supremo Tribunal

¹⁶⁵ Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

¹⁶⁶ II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

¹⁶⁷ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003).

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

¹⁶⁸ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Federal, onde a ordem foi parcialmente concedida, substituindo-se a prisão preventiva do réu por medidas cautelares diversas da prisão.

O decreto prisional de primeira instância, exarado pelo Exmo. Sr. Juiz da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba, Sergio Fernando Moro, foi fundamentado na prova suficiente de materialidade e autoria, tendo em vista que o delator Alberto Youssef teria apontado para o ora Paciente como o responsável pelo esquema criminoso na empresa UTC, da qual é presidente.

No tocante ao *periculum libertatis*, Moro utilizou-se do fundamento da garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e da conveniência da instrução criminal. Quanto à garantia da ordem pública, foram apresentadas três motivações diversas. A primeira delas, porque o Paciente teria praticado delitos de largas dimensões, com habitualidade, profissionalidade, e de forma sofisticada, durante anos – entre 2006 e 2014 –, e haveria o risco da **reiteração delitiva** caso permanecesse solto.

Na segunda, o Magistrado sustenta que a **gravidade em concreto** dos delitos respaldaria a prisão preventiva sob a ótica do acautelamento da ordem pública. Por fim, na terceira argumentação, alegou que a **confiança da sociedade nas instituições públicas** – e, portanto, a credibilidade destas – restaria abalada, caso o Paciente permanecesse em liberdade durante o deslinde processual.

Esta *decisum* foi reformado no Supremo Tribunal Federal, por estar em descompasso com a jurisprudência daquela Corte, com as leis e com a doutrina.

Ao reformar esta decisão, o Ministro Teori Zavascki sustentou, inicialmente, que a prisão preventiva só merecia ser decretada quando extremamente necessária, pois tratava-se de uma exceção à regra da liberdade. Estando fora das hipóteses excepcionais elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva resultaria em um cumprimento antecipado da pena.

Com efeito, o Ministro argumentou que, se a prisão preventiva não fosse indispensável para resguardar os valores jurídicos apontados no artigo 312 do já citado diploma normativo, a sua substituição por outras medidas cautelares diversas se mostraria decisão mais acertada. Citou precedentes e afirmou ser este o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A argumentação acima encontra guarida no que a doutrina chama de “prisão como *ultima ratio*”, isto é, como medida excepcional. Tal pensamento se origina do princípio da proibição do excesso, armadura jurídica de que todo cidadão dispõe ante à força do Estado. Com efeito, diz-se que o direito penal e o direito processual penal devem ser mínimos,

somente interferindo quando extremamente necessários a resguardar risco ou dano a direito fundamental.¹⁶⁹

O caráter excepcional da prisão, segundo Aury Lopes Jr., está consignado no artigo 282, §6º, e artigo 310, II, do Código de Processo Penal, e dispõe que a prisão só será utilizada quando não cabível medida cautelar diversa. O referido só poderá ser constatado através de um juízo de proporcionalidade e necessidade feito pelo magistrado no caso concreto.¹⁷⁰

Quanto à análise dos requisitos gerais do artigo 312, o Ministro constatou estarem presentes os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade dos delitos imputados ao Paciente na denúncia (requisitos genéricos). Contudo, ao analisar os requisitos específicos referentes ao *periculum libertatis*, concluiu o Magistrado pela inexistência, no caso concreto, de qualquer deles.

Não se olvida que o Acórdão do HC em comento concede-nos uma valiosa aula de medidas cautelares e prisão preventiva em suas 72 páginas. Entretanto, vamos nos ater aos argumentos utilizados pelo Ministro Relator, Teori Zavascki, para afastar a fundamentação da garantia da ordem pública.

Inicialmente, quando da análise dos argumentos utilizados pelas instâncias inferiores, o Ministro Relator analisou a possibilidade da decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, sob a premissa de que o crime apresentava gravidade em concreto, e concluiu:

[...] que a jurisprudência desta Suprema Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar [...] ¹⁷¹

Lenio Luiz Streck, em sua já citada obra, constatou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona em declarar a impossibilidade de um decreto prisional com base apenas no argumento da gravidade do delito. Este elemento de convicção deve estar acompanhado de outro fundamento jurídico que o subsidie, além de ter de conectar-se aos fatos relatados aos autos, fazendo nascer o que a doutrina e a jurisprudência de fato consideram como “gravidade em concreto”.¹⁷²

¹⁶⁹ PACELLI, Eugênio. Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41, 42 e 43.

¹⁷¹ HC 127186, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 28-04-2015.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 35 e 36.

Neste sentido, é também o RHC 123871 do Supremo Tribunal Federal:

[...] **Inobstante a gravidade dos delitos imputados ao Recorrente, o decreto prisional foi motivado de forma genérica e abstrata, sem elementos concretos, amparados em base empírica idônea, quanto aos fundamentos da prisão preventiva.** 3. A jurisprudência desta Corte Suprema reputa inidônea a fundamentação de prisão preventiva lastreada em circunstâncias genéricas e impessoais. Precedentes. 4. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 5. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para que o Recorrente seja colocado em liberdade [...]¹⁷³

Por outro lado, o Magistrado de 1ª instância citou, ao balizar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública na gravidade em concreto dos delitos imputados ao agente, sua prática reiterada e costumeira ao longo de anos nestes crimes. Esta argumentação guarda pertinência com as chamadas condições pessoais do indiciado ou réu.

Com efeito, vimos no capítulo anterior um julgado onde estas condições pessoais, analisadas de forma negativa, sustentaram o decreto prisional preventivo, mas naquele caso, haviam diversas anotações na folha de antecedentes penais do réu, isto é, sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Portanto, se mostra coerente a decisão do Relator.

O Ministro prossegue seu voto analisando a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, no intuito de resguardar a credibilidade das instituições públicas:

De igual modo, a jurisprudência do Tribunal tem orientação segura de que, em princípio, **não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, “nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade” [...]**

Sustentou, nesta seara, que por mais odiosos que fossem os delitos, e por maior a revolta que causassem na população, não se prestaria a prisão preventiva a punir por antecipação quem ainda não fora condenado, alijando assim o princípio da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal, o que causaria ainda mais danos a um Estado Constitucional de Direito.

Para Aury Lopes Jr., a prisão preventiva para a garantia da ordem pública fundada no restabelecimento da credibilidade das instituições é falacioso:

Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de

¹⁷³ RHC 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 04-03-2015 PUBLIC 05-03-2015.

eventual proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida.¹⁷⁴

Neste sentido, a reforma da decisão esteve em compasso com a jurisprudência e a doutrina, demonstrando que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública nesta arguição revela-se teratológica.

Com efeito, o Ministro Relator, ao substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas, prestigiou o caráter subsidiário da prisão no novo modelo imposto pela Lei 12.403/2011.

Ademais, não admitiu que a prisão preventiva fosse usada como instituto autônomo de mera punição antecipada, dignificando-se a enfatizar a sua natureza cautelar e, portanto, instrumental ao processo.

Com isso, resguardou os princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal. Teceu um juízo de proporcionalidade entre a conduta perpetrada, e a medida cautelar imposta, observando que a prisão preventiva será sempre a mais drástica delas, devendo ser evitada quando possível resguardar o processo com medidas alternativas.

¹⁷⁴ LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114.

CONCLUSÃO

A prisão preventiva é uma medida cautelar de natureza pessoal, própria do ramo do Direito que se convencionou chamar de processo penal. Embora possua esta natureza cautelar, certo é que constatamos nesta pesquisa a inexistência de um processo propriamente cautelar no direito processual penal. A maioria dos autores pesquisados aponta para a existência apenas do processo de conhecimento (o processo de execução restringe-se a cumprir a sentença condenatória, aplicando o trâmite legal da pena).

Ainda que não exista processo cautelar no processo penal, verificamos que a medida cautelar deste ramo do direito só se justifica enquanto guarde pertinência com a proteção do resultado útil do processo em si. Como exemplos desta natureza acautelatória do processo, a doutrina admitiu a prisão preventiva quando houvesse um risco de fuga do acusado, ou de que solto atrapalhasse a colheita de provas, seja intimidando testemunhas, seja destruindo.

Autores clássicos como Cesare Beccaria, e mais contemporâneos, como Luigi Ferrajoli, deixaram clara a sua posição de que só admitiam a prisão cautelar de réu ou investigado, sob esta condição, isto é, caso fosse indispensável ao resguardo do processo, e da consequente aplicação do direito material.

Com efeito, não foram poucas as críticas desferidas contra a prisão preventiva como garantia da ordem pública, pois em nada se assemelha às prisões cautelares acima referidas. Tanto é que foi denunciada pelos autores como uma medida eminentemente administrativa, policialesca, e alheia à medida cautelar. Própria de Estados ditatoriais, a doutrina ainda a classificou como inconstitucional.

Mas para além de todas as críticas, descobrimos que o legislador pátrio teve a chance de suprimi-la do Código de Processo Penal, e optou mantê-la intocada. E o parlamento, enquanto instituição do poder legislativo, não está somente a representar a vontade daqueles que os elegeram? Tal argumento, é verdade, não cabe em uma discussão jurídica, findando sua pertinência no campo da Ciência Política.

Fato é que tal modalidade de prisão preventiva existe, e com as discussões que se delinearam em volta da legitimidade de sua existência, talvez a mais interessante delas tenha saído de uma simples constatação: trata-se de um cabo de guerra travado entre direitos fundamentais. Colorindo o argumento, estamos falando da dicotomia entre o princípio da proibição do excesso, em conflito direto com o princípio da proteção deficiente.

A sociedade depende do poder legislativo para tipificar os crimes; depende do poder administrativo para fiscalizar a lei, investigar e encarcerar seus transgressores; e depende, afinal, do poder judiciário, para julgá-los e, se for o caso, condená-los. Mas a percepção que nos é clara nesta fase conclusiva da pesquisa, é a de que o legislador admitiu, antes de tudo, a insuficiência do Estado no combate à criminalidade.

Insuficiente a atuação do poder legislativo, criador das leis que não dissuadem aqueles que desejam verdadeiramente cometer crimes. Insuficiente a patrulha do Estado enquanto atua no poder administrativo, que não é onipresente, deixando diversas áreas desabrigadas e largadas ao crime. Insuficiente, por fim, a condenação de um réu em processo penal, pois sabe-se que na prisão pouco tempo passará cumprindo sua pena, e os índices de reincidência fazem soar alto o alarme da completa falência de todo o sistema penal.

Por este motivo, entendemos com a elaboração desta pesquisa, que a prisão preventiva como garantia da ordem pública situa-se para além do direito, pois com ele não se compatibiliza. Surge, em verdade, da necessidade de complementar a atuação do Estado na segurança pública. A prisão preventiva nesta fundamentação revela a prevenção especial negativa da pena: afasta-se o celerado da sociedade, pois dela já não faz parte; ao mesmo tempo, tranquiliza-se a todos os integrantes do pacto social, pois sabem que o infrator se encontra isolado, tornado inócuo pela privação do cárcere; com isso, afinal, resguarda-se parcela da segurança pública.

Tal pretensão, isto é, de resolver a criminalidade e de tutelar a segurança dos cidadãos através da prisão preventiva como garantia da ordem pública, revela uma maneira pueril e ingênua de pensar o mundo. Nem a prisão preventiva e tampouco a prisão pena surtirá os efeitos desejados, pois sabe-se que a criminalidade nasce no seio do descaso social, e esta problemática não se remedia com mais isolamento.

A prisão preventiva como garantia da ordem pública é, de fato, uma teratologia jurídica, mas o direito que se desprende da realidade também o é. Assim como os adeptos do realismo jurídico poderiam considerar a expressão “ordem pública” como estando inserta dentro daquela categoria de palavras de conteúdo “oco”, o princípio da presunção de inocência assim será encarado por toda a sociedade, quando aturdida pela proliferação do crime e da violência no país.

Por se tratar de uma pesquisa eminentemente jurídica, concordamos com os autores que consideram a prisão preventiva como garantia da ordem pública incompatível com o Estado Constitucional Democrático de Direito. Mas como observadores de um espectro maior da realidade, compreendemos os motivos por trás de sua existência.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e direito: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito*. São Paulo: Manole, 2010.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 03 ed. São Paulo: EDIPRO, 2005.

BRASIL. Ato Institucional Nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Código de Processo Penal. Brasília, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 09 ago.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Tradução Prof. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2001.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado, parte geral. 6 ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001.

Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

ESTADÃO. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica-diz-que-prefere-morrer-a-ir-para-a-cadeia,959839>>. Acesso em: 14 set. 2015. 21:45.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FILANGIERI, G. La Science de la législation. Trad. 1786, t. IV, p. 214 apud FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

FIOREZE, Renato e CORTE, Thaís Dalla. Prisão preventiva: análise das controvérsias legais na aplicação da medida cautelar frente à lei Maria da Penha. São Paulo: Revista síntese direito penal e processual penal, 2011.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da proibição de proteção deficiente. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 16 dezembro. 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HC 0779301-98.2012.8.13.0000-MG, 4ª Câm. Crim., rel. Delmival de Almeida Campos, 01.08.2012.

HC 230.940-MG, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, 08.05.2012.

HC 97.688. DJ. 27.10.2009 apud STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACELLI, Eugênio. Prisão preventiva e liberdade provisória: reforma da Lei Nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil, volume II. São Paulo: Saraiva, 2012.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-25/audiencia-custodia-permite-4479-respondam-liberdade>>. Acesso em: 11 set. 2015. 08:41.

RHC 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 04-03-2015 PUBLIC 05-03-2015.

STF HC 105585, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012.

STF HC 109723, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012.

STF HC 110132, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012.

STF HC 127186, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015.

STF RHC 116709, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013.

STF RHC 117493, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013.

STJ RHC 42.002/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Transcendental Nonsense and the Functional Approach, 35 Col. L. Ver., p. 823 (1935) apud OLIVECRONA, Karl. Linguagem Jurídica e Realidade. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Vade Mecum Saraiva. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VON BULLOW, Oskar, apud ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.